



当代国际法文库

杨成铭 李寿平 · 主编

网络侵权的 冲突法问题研究

Research on the conflict law
of internet infringement

周霞蔚 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



当代国际法文库 | 杨成铭 李寿平 · 主编

网络侵权的 冲突法问题研究

Research on the conflict law
of internet infringement

周霞蔚 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

网络侵权的冲突法问题研究 / 周霞蔚著. —北京:
法律出版社, 2013
(当代国际法文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4153 - 7

I. ①网… II. ①周… III. ①计算机网络—侵权行为
—冲突法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 247180 号

当代国际法文库

网络侵权的冲突法问题研究

周霞蔚 著

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 10.5 字数 279 千

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4153 - 7

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《当代国际法文库》总序

赖当代国际法学人不辍笔耕,数十年来国际法著作已如雨后春笋般面世,并渐呈蔚为大观之势。在众多的国际法著作中,不乏精品,亦可见极品。但稍显遗憾的是,至今尚缺少一个较为稳定的学术平台来集中和持续展示国际法的最新研究成果。本文库试图搭建这一平台,并希望由此发现当代国际法学苑熠熠生辉之学术风景,品饮国际法学林晶亮剔透之学术甘露,留存当代国际法学崖跋涉之丝丝印记。

凡入库著作或对国际法基本理论问题做深入阐释和阐发,或对国际法前沿问题进行探讨并提出独到见解,或对国际法史实提供新的资料或佐证,或对国际法新领域或国际法学新方向进行系统梳理和解析,或对国际法实践问题提出建设性的解决策略及方案,或对国际法的研究方法进行改进。上述列举并未穷尽入库著作的所有优势,但凡入编著作须具备以下条件:新,即用新资料或

新方法对国际法新问题进行创新研究;深,即在深厚学术积累的基础上对国际法问题进行深沉的思考;精,即用精当的语言和结构对国际法问题进行精确的解读;专,即对国际法特定领域或特定问题或特定领域、问题的特定方面预设理论,并进行专门研究。编者期待,收录本文库的作品乃国际法学人在与国际法激情碰撞后对国际法特定问题冷静追问和沉思所得之力作。

本文库立足北京理工大学法学院国际法研究所,并向所有国际法专家和学者开放,热忱欢迎国际法学人向本文库推荐或自荐当代国际法上乘之作。

由于编者学术功底欠深,学术视野欠广,本文库在选编过程中定会有不少问题,恳望各位专家和学者不吝指正。编者相信,在国际法学人的共同呵护下,本文库将成为国际法学人又一方美好的学术家园。

北京理工大学法学院国际法研究所所长 杨成铭

二〇一一年九月二十八日 于北京光大寓所

序 言

网络侵权是传统侵权行为在网络背景下的进一步发展,是泛指所有与网络相关的侵权行为。随着计算机技术的进一步发展,网络对人们生活和工作的影响已经远远超过了以前任何一种信息传递工具,对社会的发展产生了极为深远的影响。但同时,网络也给我们带来了更加复杂的法律问题。网络冲击着我们现有的法律制度,在国际私法领域也出现了很多由网络所引起的新问题,对我们传统的国际私法理论提出了很大的挑战。

网络具有开放性、无边界性以及全球性的特征,它突破了传统地理边界的限制,使网络侵权案件具有涉外性的可能大大增加,并且,以往只在现实生活中存在的法律冲突问题在网络中显得更加复杂,这些都对网络侵权的法律适用问题提出了更高的要求。

对于我国而言,网络侵权的法律适用研究顺

应了我国现阶段网络技术高速发展的需要,是完善社会主义法律制度体系的必要因素,具有很强的理论和实践意义。从世界范围来看,我国的网络侵权法律适用问题研究还属于起步阶段,与众多发达国家相比,从立法层面到实践层面都存在很大的差距。立法上的缺失使法院在审理此类案件时常常“无法可依”,这类问题已经成为我国司法实践中的难点。因此,研究网络侵权的法律适用问题是社会发展的需要;是保护我国公民在网络生活中的合法权益和维护国家主权的需要;是完善国际私法理论的需要,具有深刻的社会意义和学术价值。具体而言,首先,就我国目前相关立法来看,尚没有系统的针对网络侵权法律适用的立法,只是在某些相关的法律规定中有所涉及。比如,2010年颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第46条规定“通过网络或者采用其他方式侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的,适用被侵权人经常居住地法律”。但是该法条仅涉及的是网络侵犯人格权时的法律适用,对网络侵权的其他种类并没有进行相应的规定,显得缺乏全面性和系统性。其次,从理论研究的层面来看,我国专门以网络侵权的法律适用问题作为研究主题的论著相对较少。现有的相关论著主要有以下一些局限:第一,现有论著的切入点较为单一,一般只对网络侵权法律适用中某一方面的问题进行论述;第二,现有论著在理论研究与司法实践结合的层面上略有欠缺,难以达到理论指导实践的效果。最后,在司法实践的层面上,随着网络技术的不断进步,网络侵权案件的数量呈直线上升趋势,其复杂性也与以往不可同日而语。正是理论与立法的缺失,以及司法实践的需要成就了本书写作的动力。

本书的主要内容是网络侵权的法律适用问题,并且是以国际私法的角度为切入点,对网络侵权的法律适用进行全面系统的论述。从网络侵权的法律适用原则、法律选择方法以及连结点的确定等几方面入手,结合国内外相关立法以及司法实践进行系统的分析和论

述,同时为我国的立法以及司法实践提出改善的建议和方法。本书的写作是以冲突法的角度为切入点,重点考察各国对涉外网络侵权法律适用的相关规定以及司法实践。从研究的角度来讲,脱离了传统民商法对网络侵权的研究定式,不仅实现了立论视角的转变,也实现了研究方法的更新。另外,传统冲突法规则在网络侵权中难以适用的关键就在于网络的虚拟性造成了侵权行为地以及当事人具体所在地在网络中无法确定。在本书中,笔者结合国际上最新的研究成果,从网络技术的角度出发,对确定当事人具体位置的技术方法进行了全面介绍,并且对地理位置识别技术对司法实践的影响进行了深入剖析。总之,笔者希望本书的内容能对相关研究和立法有所帮助。

尽管本书的准备及写作时间很长,但是由于作者网络技术方面的知识有很多欠缺,本书可能还存在一些不够完善的地方。在此,敬请各位学术界的前辈及同仁给予指正。

目 录

序 言	1
第一章 网络侵权的类型与法律特征	1
第一节 网络的特征	2
一、虚拟性	3
二、全球性	4
三、无边界性	5
四、不受地理因素的制约性	7
五、发布信息的要求低	8
六、可移动性	9
第二节 网络侵权行为之概述	11
一、侵权行为的概念	11
二、网络侵权行为的概念	13
三、网络侵权的特征	14
四、网络侵权的类型	16
第三节 网络侵权的冲突法问题	20
一、网络侵权的涉外性	21

二、网络侵权中法律冲突产生的原因	27
三、网络侵权法律冲突的类型	29
四、传统冲突法理论在网络环境下面临的困境	32
第二章 网络侵权之法律适用原则	49
第一节 侵权行为地法在网络侵权中的适用	49
一、侵权行为地法之主要理论依据	50
二、侵权行为地的认定	52
三、侵权行为地法之利弊	54
四、网络环境下侵权行为地法存在的价值	55
五、网络环境下侵权行为地法的新发展	56
第二节 法院地法在网络侵权中的适用	59
一、法院地法的发展历程	59
二、适用法院地法的原因	61
三、适用法院地法原则之利弊	61
四、法院地法在网络侵权中的适用	62
第三节 意思自治原则在网络侵权中的适用	67
一、有限的自治原则	67
二、适用意思自治原则之利弊	69
三、网络侵权中意思自治原则的适用	70
第四节 侵权行为自体法在网络侵权中的适用	73
一、侵权行为自体法的理论渊源	73
二、侵权行为自体法	78
三、网络侵权行为自体法之思问	81
第五节 来源国规则	88
一、来源国规则的定义	89
二、来源国规则在网络侵权中的可行性分析	89
第三章 网络侵权法律适用之连结点选择	92
第一节 网络环境下传统连结点的新发展	93

一、在网络侵权中,侵权行为地的新发展	93
二、国籍连结点在网络侵权中的适用	96
三、住所连结点在网络侵权中的适用	98
第二节 网络侵权中出现的新连结节点——网址	108
一、肯定论	109
二、否定论	111
第三节 网络服务器所在地	113
一、概述	113
二、网络服务器所在地作为连结节点的可行性	115
第四节 网络技术在确定网络侵权连结节点中的运用	117
一、网络边界的划分	117
二、地理位置定位技术	118
三、地理识别的非技术手段——软保护	131
四、对网络技术应用国际私法的评论	138
第四章 网络侵权之法律选择方法	142
第一节 传统国际私法中的法律选择方法	143
一、单边冲突法	143
二、多边冲突法	147
三、统一实体法	151
第二节 网络侵权法律选择方法之比较	152
一、网络对传统法律选择方法的冲击	152
二、网络侵权中法律选择方法的优劣对比	156
三、网络侵权法律选择方法之发展方向	158
第三节 美国网络侵权法律选择之实践	161
一、单边法律选择方法的适用	162
二、结果选择方法在网络侵权中的适用	169
第四节 欧盟有关网络侵权法律选择的立法实践	177
一、欧盟《数据信息保护法令》	177

二、《数据信息保护法令》中有关法律适用的规定	183
三、《隐私与电子通信指令》有关法律适用的规定	185
第五章 网络侵权法律适用之分类研究	187
第一节 网络侵害著作权的法律适用	187
一、网络著作权的概念	188
二、网络著作权的作品定义	189
三、网络著作权侵权行为之具体表现	190
四、网络著作权之合理使用	196
五、网络著作权保护之立法比较	200
六、网络著作权保护的法律适用	204
第二节 网络侵害商标权的法律适用	210
一、商标权概述	211
二、网络对国际商标保护提出的挑战	212
三、我国网络商标权保护的现状	214
四、网络商标权保护的法律适用	221
第三节 网络域名侵权的法律适用	227
一、域名的概念及法律特征	227
二、域名纠纷的种类	229
三、域名侵权的立法概况	232
四、我国域名保护的现状及评述	236
五、涉外域名保护的法律适用	242
第四节 网络侵害专利权的法律适用	247
一、专利的概念及特征	247
二、与网络相关的专利权保护	249
三、有关专利权的法律冲突	252
四、网络专利权保护的法律适用	254
第五节 网络侵害隐私权的法律适用	255
一、隐私权概述	255

二、网络对隐私权保护的冲击	257
三、网络隐私权侵权的表现	259
四、网络隐私权保护立法之比较	262
五、我国网络隐私保护之现状	265
六、网络隐私保护法律适用之探讨	267
第六节 网络侵害名誉权的法律适用	269
一、名誉权的概述	269
二、网络名誉权之侵害行为	271
三、网络侵害名誉权之责任构成	273
四、网络侵害名誉权之法律适用	276
第六章 关于我国涉外网络侵权的法律适用及 立法建议	279
第一节 我国涉外网络侵权法律适用情况分析	280
一、我国涉外网络侵权案件的特点	280
二、我国有关涉外网络侵权法律适用的相关立法	281
三、我国有关涉外网络侵权法律适用的实证分析	285
第二节 对我国涉外网络侵权法律适用的建议	290
一、通过立法规定涉外网络侵权法律适用的 必要性分析	290
二、对我国涉外网络侵权法律适用立法之宏观建议	291
三、对我国涉外网络侵权法律适用立法之微观建议	295
四、对我国涉外网络侵权法律适用实践的建议	297
参考文献	299
后 记	307
附则一	310
附则二	316
附则三	319

第一章 网络侵权的类型 与法律特征

众所周知,人类每一次历史性的进步总是与科技的发展息息相关。通常情况下科技的进步都能够对人类的生、活方式产生深远的影响,而在现阶段对我们的生活造成重大影响的科学技术,笔者认为非网络莫属。网络不是建立在某一确定地点的固定结构,而是依靠数字技术建立起来的一个虚拟空间。^{〔1〕}网络不仅仅是一个通信交流的媒介,它还使人们的生活空间从现实的物理世界中扩展到了网络的虚拟空间中,使人们的生活和工作方式产生了翻天覆地的改变。但是事物总是具有两面性,网络给人们带来便利的同时,也给大家带来了困扰,从而衍生出很多新的法律问题,对于国际私法也不例外。国际私

〔1〕 Frank B. Arenas, Cyberspace Jurisdiction and the Implication of Sealand, *Iowa Law Review*, vol. 88, 2003, p. 1165.

法作为一门研究法律冲突的学科,在互联网时代受到的挑战可以说比其他任何法律学科都要多,原因就在于网络侵权很容易涉及多国的法律冲突,并且传统的法律适用原则运用于网络侵权又不尽如人意。因此,为了更好地解决网络侵权法律适用的冲突,我们有必要先了解一些网络侵权的相关知识。

第一节 网络的特征

自 20 世纪 90 年代始,计算机技术的大量运用从根本上改变了人们的生活方式,使我们的生活发生了巨大的变化。特别是近年来发展起来的电子商务、网络社区等全方位地改变着人们的工作和生活。人们可以通过网上购物的方式购买自己心仪的商品;可以利用 QQ、MSN 等即时聊天工具聊天或评论时事,交流心得,网络空间无疑是一个名副其实的虚拟社会。在网络空间中,没有物理空间和边界的限制,人们可以通过计算机实施言论自由、数据交换、关系确立等行为。然而网络的具体定义是什么呢?通说认为,网络可分为局域网和广域网。局域网(LAN, Local Area Network)是指一个相对独立的社会组织内部的信息网络,这个网络可以只由少数几台计算机构成,也可以由一栋大楼中的数千台计算机组成,这样的网络,其目的只是为了组织体内部的信息共享。由局域网再延伸至更大的范围,就会形成广域网(WAN, Wide Area Network)。互联网(Internet)则是试图将全球的计算机连在一起的网络,以方便世界各地以无国界的生活方式达到信息畅通和即时共享。^{〔1〕}那么网络究竟具有哪些特点呢,笔者将在下文中一一介绍。

〔1〕 齐爱民、刘颖:《网络法研究》,法律出版社 2003 年版,第 4 页。

一、虚拟性

在现实生活中,关于网络,我们通常能看到的仅仅是一台计算机、一根网线,而网络中真正的内容相对于物理世界中的物来说,则是虚拟的。正所谓“网络上没有人知道你究竟是谁”,其意思是指,在互联网的世界里,是与非往往无法辨识,并且也并不重要,只要交流的实际效果相同即可。从技术角度来说,通过技术创造出来的网络空间实际上是将网络行为的主体置于数字化技术构建的“虚拟社会”和“虚拟共同体”之中,也就是说,它的技术基础使其相对于物理现实成为一种异构,因此,网络诸多特征的核心即是虚拟性,而其他特征包括交互性、开放性、模拟性、遥在性,等等。^[1]随着科技的发展,在互联网的虚拟世界中,人们超越物理空间进行各种行为,网上商店、网上图书馆、网上医院甚至于网上爱情和网上婚姻。但是在目前的技术水平下,把网络视为一个独立的空间,它与现实世界之间仍然存在着巨大的差异。具体表现在网络空间中,虽然能找到网民,但是其一旦下线,往往连网民的身份都难以确定;另外,在网络中也无法找到网络主体固定的住所。因此如果从这个角度来讲,虚拟性就无疑是网络空间最重要的特征。然而,虽然网络具有虚拟性,但是由网络行为所产生的法律关系却是真实的,因此,网上电子商务应该得到法律的保护,网络侵权行为更应该受到法律的制约。只是网络的虚拟性所带来的当事人身份和行为地难以确认的难题,给法律的正确适用带来了困难。

网络改变了人们的生活方式,也为将来社会生活的发展留下了极大的发展空间。有的网民沉沦网络,把网络作为自己的生存基础,虚实难辨;网络经济和网络文明的发展以及逐渐形成的网络社区、网络世界,都使网络生活与现实生活我中有你,你中有我,难以

[1] 郑智斌:“网络的虚拟性与现实性哲学命题”,<http://www.blog.edu.cn/userl/6688/archives/2010/79667.shtml>。

区分。因此,忽视网络的虚拟性,解决问题时简单套用现实法律,是难以解决问题的。总而言之,对网络侵权进行系统的分析必须充分把握网络虚拟性这一重要特征。

二、全球性

全球性是网络的另一个重要特征,就网络本身而言,其最基本的功能是信息的传输和共享。世界各国的网络用户可以通过互联网进入全球各地的网站,并且在网站上获取信息、发表言论。因此,网络消除了传统意义上国家之间的地理限制,信息传输完全地独立于物理世界。我们可以这样认为,网络从襁褓中开始就是超国界的,各个国家的人们可以通过网络自由的交流或交易,并因此而形成各种各样的跨国法律关系。由此看来网络无疑给传统的以地域为基础的国家法律提出了挑战。现行各国的法律制度基本上都采取属地主义原则,其法律效力一般也是以国界为限,网络的全球性与传统法律的属地原则之间的矛盾,致使现行的法律要在网络中直接的适用有一定难度。

一方面,网络全球性的特点有可能使因网络行为而产生的纠纷,依据属地主义原则能适用多个国家的法律,然而在通常情况下,各国对同一网络行为的定义是不完全相同的,甚至在有的时候,某些网络发展相对缓慢的国家,对网络行为都没有相应的法律规定,由此同一网络行为就可能带来不同的法律后果。这样的情况不仅会使当事人感到无所适从,同时也会导致法律适用上的冲突。假设一个网络视频,在上传国被认为是合法的,而在登录国就被认为是违反法律的,那么对于上传网络视频的人而言,他就很难预料自己行为的后果以及可能遇到的法律问题。在美国的 *Miller v. California* 案中,就面临着对网络色情作品如何定性的问题,在该案中,由于各个涉案国家有关网络色情作品的鉴定标准不同,就导致案件的判决